



O CONTROLE JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

JUDICIAL REVIEW IN THE IMPLEMENTATION OF SOCIAL RIGHTS

Milton Pardo Filho¹

Bruna Rinaldini²

Ana Laura Fagundes de Menezes³

RESUMO: Nossos juízes estão constantemente legislando a fim de dar pujança aos direitos sociais contidos na Carta Política brasileira. Nesse artigo nos propomos a ponderar essa atuação e realidade, avaliando-as por meio da análise e estudo das doutrinas e jurisprudências. Certamente que tal fato não é o ideal, todavia é o que está posto. Cabe esse nobre e relevante papel ao nosso Poder Judiciário, defensor soberano da ordem constitucional, muito embora não seja um poder legislante. Diante desse fenômeno real se pressupõe um Poder Judiciário cômico de seu cogente mister, que se necessário for não se reprima de dar decisões que vise a adequar os atos da administração pública com o fito precípua de implementar e efetivar os direitos sociais.

Palavras-chave: Controle judicial; Concretização; Direitos sociais; Administração Pública; Poder Judiciário; Realidade.

ABSTRACT: Our judges are constantly legislando to give strength to social rights in the Charter Brazilian policy. In this article we propose to consider such action and reality, evaluating them through the analysis and study of the doctrines and jurisprudence. Certainly, such a fact is not ideal, but is what is laid. It is this noble and important role of our judiciary, sovereign advocate of constitutional order, although it is no legislating power. Given this real phenomenon presupposes a judiciary aware of its cogent mister, that

¹ Professor Universitário no UNITOLED0 de Araçatuba – SP, Mestre em Direito, Advogado.

² Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO), Araçatuba - SP

³ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO), Araçatuba - SP

if necessary not hold back from giving decisions which aims to adjust the acts of public administration with the primary aim to implement and give effect to the social rights.

Key words: Judicial review; Achievement; Social rights; Public administration; Judicial power; Reality.

INTRODUÇÃO

A enorme incerteza de o quanto é salutar um Poder Judiciário legiferente para dar efetividade aos direitos sociais faz com que os estudiosos tenham suas análises, gerando desse modo opiniões de toda ordem. Destarte, até que ponto é possível essa conduta por parte dos nossos “Law-makers” pode ser implementada? Nesse artigo busca-se humildemente analisar se a necessidade de concretude dos direitos sociais e a infame eficiência da administração pública realmente justifica admitir esse fenômeno real.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS

O surgimento do Estado do bem-estar social trouxe alterações fundamentais em relação à organização das finalidades coletivas do Estado. A proposta de garantia de direitos como a vida, a saúde, a educação, a alimentação, e a moradia, levou-os a nível constitucional, não mais sendo considerados como caridades e benefícios de um Estado-bom (FREIRE JÚNIOR, 2005). A proposta não encontrou sustentação dentro do modelo capitalista. No entanto, com o surgimento do Estado Democrático de Direito⁴ houve uma releitura no papel estatal.

A nova concepção de constitucionalismo trouxe algumas características para a constituição, tais como: o caráter jurídico das normas constitucionais; a supremacia de suas normas frente a todo o ordenamento jurídico; a observância da superioridade e

⁴ A configuração do Estado democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando. ... A Constituição de 1988, contudo, não chegou a estruturar um Estado democrático de direito de conteúdo socialista, mas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania, que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana. (José Afonso da Silva, <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>, Acessado em 12.07.2016)

obrigatoriedade da Constituição por todos os Poderes do Estado. Essa concepção inovadora consagrou valores e direitos, incorporando-os ao texto constitucional. Sendo assim, as políticas públicas, criadas pelo Legislativo e concretizadas pelo Executivo não poderiam ser consideradas como promessas de direitos sociais, mas como obrigações contidas na própria Constituição que devem ser protegidas, ainda quando inerte seja a Administração Pública.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci (2002, p.241) as políticas públicas podem ser definidas como:

Programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição de Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. [...] Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.

Enquanto instrumentos de ação do governo, cujas finalidades são impostas no texto constitucional vinculando toda estrutura do Estado, sua definição está na importância dos interesses para a coletividade, assim, aquilo que uma sociedade incorpora como prioridades a serem reconhecidas como direitos são definidas como políticas públicas.

As políticas públicas podem ser classificadas de diferentes maneiras. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes (1994, p. 259) as políticas públicas podem ser: sociais (de prestação de serviços essenciais, tais como saúde, educação, justiça e etc.), sociais compensatórias (previdência, assistência social); de fomento (créditos, desenvolvimento industrial, tecnológico); reformas de base (agrária, urbana); de estabilização monetária e entre outras.

Com o advento da Constituição Cidadã, ficou explícito que um dos seus principais objetivos é a garantia de direitos sociais previstos no art. 6º, sendo eles: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados. Estes são direitos de segunda geração, cuja principal característica é a figura do Estado positivista de forma a intervir nas relações privadas para garantir o bem estar social. Com todos esses acontecimentos viu-se a necessidade de assegurar direitos fundamentais sociais que foram suprimidos por muito tempo pela forma legítima de poder vigente à época. Apenas em 1988 chegamos ao ápice das conquistas sociais, com a promulgação da Constituição Cidadã, solução encontrada

para garantir a IGUALDADE como forma de compensar todas as injustiças e desigualdades até então praticadas.

A Constituição brasileira é garantista, pois nela encontram-se todos os anseios, traumas e angústias de uma sociedade que sofreu a arbitrariedade de uma gestão que não era sustentada por princípios fundamentais.

Percebe-se, portanto, que há uma nova ordem política democrática entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para concretizar harmoniosamente as garantias fundamentais estabelecidas na Magna Carta. No âmbito das garantias sociais, não são apenas direitos que estão elencados na Carta Política. É mais do que isso! São as esperanças depositadas em uma ordem política com o fim de proporcionar a igualdade. A primazia do bem-estar social está inserida nos objetivos fundamentais da república (art. 3º da CF), servindo como comando para o Legislativo elaborar normas conforme o que já foi estipulado pelo constituinte originário e inafastavelmente caberá ao Judiciário garantir a concretização de tais valores.

2. CONTROLE JUDICIAL

O novo paradigma imposto pelo modelo do Estado Democrático de Direito trouxe uma releitura do papel do Poder Judiciário frente ao controle dos demais Poderes, ou melhor, das funções (uma vez que o poder do Estado é uno, cuja divisão institucional relaciona-se com as funções atribuídas a tais instituições). Apesar do novo papel do Judiciário, sua postura não pode ser ignorada quando da efetivação de direitos sociais e de políticas públicas contidas na Magna Carta.

A intervenção do Judiciário se faz necessária, de forma que, a própria Constituição disponibiliza mecanismos para que esta exerça o controle dos Poderes Públicos, o que confirma a solenidade de sua intervenção, atribuição esta que caracteriza a supremacia constitucional proposta pelo Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 trouxe a previsão do controle de constitucionalidade, sendo a principal função do Poder Judiciário, além do exercício do poder jurisdicional na solução de conflitos de interesses, o controle de constitucionalidade objetivo, a qual destinou ao STF - Supremo Tribunal Federal o exercício dessa função. O STF é a Suprema Corte do Poder Judiciário, incumbido, originariamente do processo e julgamento do controle de constitucionalidade das normas e atos do Poder Executivo, Legislativo e

Judiciário. Em razão do Princípio da Separação de Poderes, não cabe ao Poder Judiciário exercer prerrogativas discricionárias da Administração Pública, podendo incorrer no *ativismo judicial*⁵, tema este, fortemente questionado ante a atuação do Poder Judiciário frente às funções dos demais poderes.

São várias as formas de controle exercidas pelo Poder Judiciário previstas no texto constitucional. São mecanismos de que se vale a própria Constituição para assegurar sua primazia e eficácia perante todo o ordenamento jurídico mediante, por exemplo, as ações diretas. Em relação à atuação política do Judiciário, o atual Ministro do STF Luís Roberto Barroso afirmou (2014, p.243):

No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica - constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis - e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.

No artigo 103 da Constituição Federal estão elencados os legitimados para a propositura da ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Trata-se de um mecanismo apto para questionar a validade de uma norma infraconstitucional ou ato administrativo perante o Supremo Tribunal Federal, de forma a conceder a ordem normativa maior efetividade à luz do texto constitucional.

Acompanhada da ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade há, ainda, a ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Esta, por sua vez, visa sanar a obscuridade da lei, parcial ou totalmente, de norma constitucional de eficácia limitada cuja regulamentação dependa de norma infraconstitucional. De modo que, a ausência de norma regulamentadora, em razão da inércia do Legislativo, retira a eficácia do dispositivo

⁵ Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos²² e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969²³. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais²⁴. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial²⁵. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão *ativismo judicial* assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial²⁶. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora²⁷ – a ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. ... (Luís Roberto Barroso, http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100204-04.pdf, Acessado em 06.07.2016)

constitucional, o que não pode ser admitido, visto que, conseqüentemente o Poder Executivo fica despido de instrumentos para concretização de políticas públicas.

Por sua vez, a também constitucional ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade permite que os legitimados acionem o STF diante de uma controvérsia jurisprudencial, a fim de declarar qual o posicionamento, a interpretação mais adequada a ser adota à luz da Constituição em sua integralidade. A ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem caráter subsidiário, ou seja, sua propositura somente será admissível quando não for possível a propositura da ADI ou ADC. Verificada uma violação às cláusulas pétreas, aos princípios constitucionais sensíveis, aos direitos e garantias fundamentais e aos princípios do Estado Democrático de Direito e, de modo geral, pode-se afirmar que a violação explícita de preceitos fundamentais ensejará uma ADPF. Um dos grandes exemplos da utilidade desse instrumento está na ADPF 45, julgada prejudicada em virtude da perda superveniente de seu objeto pelo Ministro Relator Celso de Mello. A ADPF em tela sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Constata-se claramente a intervenção do STF em uma decisão do Poder Executivo para resguardar uma norma constitucional referente às ações e serviços públicos de saúde.

Tais instrumentos são utilizados para exercer o controle direto, seja pelo STF, quando da violação de norma ou ato federal ou estadual que viole a Constituição Federal, ou pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro da Federação que teve sua Constituição Estadual violada. Em ambos os casos discute-se a validade da norma em tese, sem a ocorrência do caso concreto. O mesmo ocorre na ADPF de tipo incidental, na qual se verifica a escolha de um caso concreto por um dos legitimados do artigo 103 da CF, que é levado para o STF.

Como já salientado anteriormente, a propositura de tais ações é restrita, pois os legitimados também são restritos conforme o rol taxativo do art. 103 da CF (somente aqueles estão aptos a propor), ou seja, a população não possui a prerrogativa de exercer esse controle por meio das Ações específicas, no entanto os efeitos são abrangentes, para todos – *erga omnes*.

Há previsão de mecanismos de controle que podem ser exercidos pela sociedade. O mandado de injunção é um deles, pois qualquer pessoa capaz, inclusive pessoa jurídica é legitimada para ingressar com o remédio constitucional regulamentado pela própria

CRFB/88. Aludida prerrogativa pode ser exercida quando uma norma Constitucional de eficácia limitada não está regulamentada pelas normas infraconstitucionais. Embora a legitimidade seja ampla, a eficácia da decisão na referida ação é limitada às partes - *inter partes*, atingindo uma categoria específica de pessoas.

Outro meio do judiciário intervir são as ações específicas, iniciadas em primeira instância, podendo, em razão de recurso extraordinário, ser levada ao STF. Dessa forma, as referidas ações são propostas individualmente para resguardar as garantias Constitucionais, como por exemplo: exigir medicamento específico que não é distribuído pelo Estado na rede pública por deficiência de uma política pública. Este é o denominado Controle Difuso de Constitucionalidade, pois a inconstitucionalidade é prejudicial ao exame do mérito. Tal controle visa garantir um direito determinado e certo para uma pessoa ou um grupo de pessoas diminuto e determinado, a abrangência é, por conseguinte, restrita - *inter partes*.

Há várias soluções tendentes a evitar demandas judiciais excessivas e a eventual injustiça da eficácia *inter partes*, muitas vezes com decisões contraditórias. Uma delas é a propositura da Ação Civil Pública, quando o interesse for coletivo, por meio do Ministério Público, inclusive também pela Defensoria, cujo objetivo é amenizar a proliferação de demandas judiciais que possuem a mesma fundamentação jurídica, de modo que, a sentença possa abranger um número maior de pessoas que tiveram seus direitos violados. Além da Ação Civil Pública, o próprio cidadão, eleitor, pode pleitear em juízo por meio da Ação Popular a impugnação de atos lesivos praticados por pessoas jurídicas de direito público, enquanto da Administração Pública Direta e, também, pessoas jurídicas da Administração Pública Indireta para proteger o patrimônio público ou entidade custeada pelo Estado, ou ainda a probidade administrativa, em face da preservação do meio ambiente ou defesa do direito consumidor. A Ação Popular pode ser de natureza preventiva, de forma a não permitir que o ato aconteça, evitando-se o dano. Pode, ainda, ser regressiva, ou seja, utilizada após a prática do ato lesivo indevido, objetivando sua anulação.

Há, ainda, a possibilidade de a ação de natureza corretiva da atividade administrativa, neste caso o ato ilegal deve estar acontecendo já há algum tempo. O presente instrumento jurisdicional não visa apenas a anulação do ato, mas também de correção dos atos que estejam sendo praticados de forma ilegal. Por último, surge a possibilidade de a Ação Popular ter natureza supletiva da inatividade do Poder Público,

quando a administração pública for omissa, não praticando os atos a qual está obrigada a praticar. Ocorrendo isso, pode-se ajuizar Ação Popular com a finalidade de obrigar a Administração Pública para que pratique o ato que deveria praticar e ainda não o fez.

É importante considerar que, embora o principal objetivo do presente artigo não seja explicar, em detalhes, cada um dos institutos mencionados, se faz necessária essa breve análise para que possamos compreender as prerrogativas do controle judicial de normas e atos dos Poderes Políticos. Ou seja, elencar as várias vias existentes que o Judiciário atua quando provocado para concretizar as políticas públicas, possibilitando o ativismo judicial sem que haja violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Nesse sentido, Lenio Streck (2003, p. 260) pondera com maestria:

... se esta a falar/indagar acerca do papel/função da Jurisdição Constitucional (ou do Poder Judiciário) na realização/efetivação de direitos sociais-fundamentais, é porque se está a admitir que, primeiro, há uma inefetividade da Constituição, e, segundo, em havendo inércia dos Poderes Públicos na realização/ implementação de políticas públicas aptas à efetivação dos direitos sociais-fundamentais assegurados pela Lei Maior, é possível (e necessária) a intervenção da justiça constitucional.

3. SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes é um critério funcional que retrata a distinção das funções estatais (administração, legislação e jurisdição) distribuídas entre poderes autônomos e independentes entre si. Montesquieu (2008), um dos representantes do modelo liberal, em sua obra ‘O espírito das leis’, consagrou a divisão clássica das funções e as atribuições dos poderes.

O princípio em comento está expresso no artigo 2º da Carta Magna de 1988, que dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Além da previsão constitucional, o princípio-guia dos poderes foi levado ao status de imutabilidade, podendo ser encontrado no rol das denominadas cláusulas pétreas (Art. 60, § 4º, III, CF), evidenciando a intenção do legislador constituinte em perpetuar a forma democrática do Estado. Nesse espeque, afirma Sepúlveda Pertence em célebre decisão no STF (1997, p. 47):

O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal aprimorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-

membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação de poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República.

A unidade da soberania estatal leva à confirmação de que o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário são apenas órgãos aos quais é incumbido o exercício de atos de soberania desta unidade, de forma fracionada, cabendo a eles as funções que lhes foram atribuídas, dentre elas o equilíbrio entre os Poderes Públicos, mediante mecanismos de fiscalização e controles, o sistema de freios e contrapesos. Esse sistema concede a cada um dos Poderes a possibilidade de impor limites, a fim de evitar abusos de um Poder sobre o outro. Pensando nisso, criaram-se garantias, imunidades e prerrogativas para os titulares e membros dos respectivos Poderes, no intuito de preservar este mecanismo de controle recíproco e do Estado Democrático de Direito. Segundo Paulo Suordem (1995, *apud* Freire Júnior, 2005, p. 27):

... na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio da moderação, racionalização e limitação do poder político estatal, no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável.

No âmbito das políticas públicas verifica-se em regra que a competência de planejar e executar tais medidas cabe ao Poder Executivo, o Legislativo em assim sendo se responsabiliza por fiscalizar e aprovar as medidas apresentadas. No que diz respeito ao Poder Judiciário, sua função política consiste em julgar e punir quando for acionado. Entretanto, a prática nos apresenta uma realidade bem distante que muitas vezes leva a uma atuação anômala àquela estabelecida na Carta Política.

A despeito da concretização dos direitos sociais e implementação de políticas públicas, o comando constitucional é claro e, evidencia a necessidade de garantir tais direitos, o que, muitas vezes, passa por despercebido pela Administração Pública. Diante da necessidade na concretização dos direitos, o STF, enquanto guardião da Carta Magna, não pode alegar a violação ao princípio da separação de poderes para deixar de agir, pois se o fizesse, estaria cometendo violação maior ainda aos princípios fundamentais do que aquela cometida pela inércia dos Poderes Públicos. Se a este é incumbido à proteção dos dispositivos constitucionais, logicamente cabe a intervenção para concretização dos valores neles contidos. Nesse sentido, Celso de Mello, no julgamento da ADPF 45, afirma:

(...) não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política (...).

4. O ATIVISMO JUDICIAL

O modelo de Estado Democrático de Direito, consagrou alguns direitos que, conforme já foi dito, estão previstos constitucionalmente e, como tal, a força vinculante da Constituição impõe a todos os Poderes o cumprimento de suas normas. Nesse sentido, Sergio Resende de Barros (2007, p.32) afirma que: “[...] a proteção constitucional de um direito gera para o seu titular uma prerrogativa constitucional indisponível a que o Judiciário não se poderia furtar a cumprir”.

Não obstante as atribuições dos Poderes Políticos, a necessidade da concretização de direitos e garantias constitucionais, não raro, carece da apreciação pelos Poderes a quem incumbem à implementação de direitos sociais, tais, como: saúde, moradia, educação, trabalho, etc. Desta feita, ante a omissão do Poder Executivo e do Legislativo, o Poder Judiciário acaba por exercer uma função que, originariamente, não lhe fora atribuída. Esse ato, em verdade, é uma necessidade de se fazer valer o direito constitucionalmente previsto, ainda que genericamente.

Embora o conteúdo da norma não afixa precipuamente quais e em que limites tais direitos sociais possam ser valorados, estes são elevados a um nível de ampla importância, sendo caracterizados como direitos fundamentais. Sua fundamentalidade pode ser evidenciada enquanto garantias da segurança social, com a finalidade de conceder meios para retirar os cidadãos da sua situação de desigualdade, fornecendo instrumentos necessários para o mínimo de condições frente às atuais necessidades do povo. No mais, a atuação do Poder Judiciário frente às omissões dos demais poderes deve ser no mínimo razoável, de forma a não tomar, para si, funções que constitucionalmente não lhe pertencem, concedendo e concretizando os valores sociais previstos enquanto comandos constitucionais.

Diante da inércia dos outros Poderes Políticos, o Judiciário pode intervir, cautelosamente, para garantir a efetividade da Constituição e, sendo assim se faz necessária a concretização do que já está estabelecido como direito de uma sociedade garantista, para suprir desigualdades provenientes da ineficiência dos que são representantes do povo,

objetivando a máxima eficácia das normas e dos princípios Constitucionais tutelada por um Estado Democrático de Direito. Conforme salienta Krell (1999, p. 252):

A conseqüência do não-atendimento aos preceitos constitucionais por omissão legislativa ou administrativa pode resultar numa inconstitucionalidade permanente, que leva à desestabilização política. Ao mesmo tempo, é incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara que o Estado está em mora com obrigações constitucionais econômicas, sociais e culturais, essas sentenças assumem o papel de importantes veículos para canalizar as reivindicações da sociedade.

Deve ser reconhecida a necessidade da intervenção do Judiciário quando da omissão da Administração Pública, no entanto discute-se com certa propriedade a intervenção do Judiciário nessa esfera quando há ineficiência, pois estaria violando o Princípio da Separação dos Poderes e a discricionariedade. Deve-se analisar a situação fática de modo a perpetuar o espírito Constitucional, por esse motivo o controle judicial ou ativismo judicial se faz necessário em último caso, quando não há observância dos ditames constitucionais, não podendo as garantias e os direitos ser esquecidos ou deixar a concretização a mercê da discricionariedade da Administração Pública.

5. LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Embora a atuação do Judiciário seja necessária, algumas limitações se fazem pertinentes, visto que, conforme algumas críticas feitas, os juízes não são eleitos, os debates de temas políticos são limitados, assim como a capacidade institucional. No entanto, o caráter criativo dos juízes na tomada de decisões não necessariamente os torna legisladores. Buscar adaptar suas técnicas às situações que naturalmente não atuariam tornou-se necessário, ao passo que, sua criatividade em torno de discussões complexas tem sido alvo de críticas. Nesse espeque, afirma Cappelletti (1999, p.90):

Por isso, também é previsível um gradual processo de adaptação do judiciário, no sentido de que desenvolva maior “competência institucional,” a fim de saber responder às novas exigências que se lhe estão impondo, processo este que, como vimos, já está em curso na realidade.

O grau de conhecimento exigido no debate de demandas desesperadas certamente não está contido no juiz. Ainda que desejasse, este não seria capaz de atender todas as perspectivas técnicas e específicas que cada assunto requer. Por isso não é difícil perceber

que, diante de situações complexas, sua criatividade na busca de uma solução deve ser empenhada sem abandonar, é claro, a racionalidade, não deixando com que suas decisões tornem-se puramente emocionais. Enquanto guardião da Constituição, o Judiciário não pode se auto reconhecer como a única instituição capaz de fazer valer a vontade constitucional, deve ser contido pela legitimidade democrática, visto que não se trata de representante direto do povo, devidamente eleito por um processo democrático e válido.

Não se pode abandonar sua capacidade institucional em relação à limitação que o cerca quando de debates especificamente políticos conforme as palavras de Luís Roberto Barroso (2014, p. 252): “A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes”.

CONCLUSÃO

A força normativa da Constituição Federal vincula todos os órgãos da União, buscando separar e amparar adequadamente as funções dos seus Poderes. Teoricamente há um equilíbrio perfeito, porém, na prática há abusos ou omissões dos Poderes, que estão responsáveis por adotar todas as medidas amparadas pela Constituição Federal, sobretudo os direitos sociais-fundamentais (conforme assina Streck – 2003, p. 260) expressos principalmente no art. 6º do nosso diploma legal maior. É incontroverso que a Administração Pública possui discricionariedade, visto que age conforme a oportunidade e conveniência para eleger e executar as políticas públicas, porém igualmente é fato que ela está vinculada aos percentuais mínimos a serem aplicados na saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Sua discricionariedade não recai sobre a decisão de implementar, ou não, alguma política pública, todavia sim como, qual a melhor maneira de investimento dos recursos a depender das necessidades de acordo com as condições oferecidas pela localidade ou região, visando garantir o mínimo existencial garantido pela Carta Política, buscando dar maior efetividade as atividades e aos direitos.

Dessa forma, o mérito não deve recair sobre a oportunidade e conveniência, enquanto discricionariedade a ser exercida pela Administração Pública, porquanto a previsão constitucional de um direito gera para seu titular uma expectativa que não pode ser objeto de manobra da discricionariedade, mas sim um direito a ser concretizado.

As decisões judiciais são extremamente importantes, visto que podem ser tidas como vicissitudes quando a Administração Pública e o Poder Legislativo fracassam em concretizar as políticas públicas (direitos sociais-fundamentais), conforme a realidade de cada região. É necessário encontrar a deficiência, pois só assim será possível a produção de um remédio eficiente e capaz de garantir a eficácia desses direitos, caminhando-se assim rumo a tão ansiada igualdade. Tais medidas requerem a presença do Judiciário, no entanto ele deve ser acionado em último caso. É necessário, outrossim, que a população se preocupe em exercer a democracia direta, em seu sentido amplo, no sentido de que é direito dos cidadãos exigirem aquilo que foi proposto por seus representantes; *verbi gratia*: acompanhar a produção de políticas públicas e sugerir medidas capazes de contribuir para assegurar a consumação dos direitos sociais-fundamentais. A título de exemplo cumpre citar a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF - Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000), que prevê mecanismos para a participação popular no planejamento da Administração Pública. No que diz respeito ao bem-estar social, por outro lado, os representantes do Povo e seus auxiliares devem empregar de forma oportuna os tributos, mesmo que escassos, em políticas públicas, a fim de promover a equidade em grande parcela da sociedade. Nota-se que o poder de gestão é essencial para termos um perfeito equilíbrio entre a escassez de recursos e as necessidades ilimitadas.

A sociedade deve ser protegida da inépcia da Administração Pública, devendo ser esclarecida da existência de todos os meios aptos para exigir a concretização dos direitos sociais-fundamentais. O Estado deve intervir de forma eficaz com o fim de atingir o ponto alvo, a máxima eficácia da Constituição e, conseqüentemente, a consumação dos direitos sociais-fundamentais nela contidos. Em suma as políticas públicas possuem a finalidade de deixar o cidadão em um plano de equivalência; é por essa razão que são consideradas transitórias até atingirem o objetivo principal, garantindo-se assim o bem-estar social.

Observa-se que para a manutenção dos direitos sociais-fundamentais a participação popular tem extrema importância e, se a própria Constituição pátria cria mecanismos para sua participação, essa prerrogativa não deve ser ignorada. A rigor o Judiciário está, cada vez mais, tendente à concretização de direitos, e tal atuação não pode ser considerada como uma invasão das atribuições dos demais Poderes, visto que tal ministério é um fenômeno que conta com legitimidade em sua intervenção. Destarte, nosso Judiciário está sendo convocado comumente a decidir e a interpretar em nome da eficácia dos direitos sociais-fundamentais, em razão da lamentável inaptidão e inércia da Administração Pública, como

salienta Mauro Cappelletti (1999, p.73-74): “... os juízes estão constrangidos a ser criadores do direito “Law-makers”. Efetivamente eles são chamados a interpretar, e por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito”.

Por derradeiro, de fato a capacidade institucional do Poder Judiciário é limitada, bem como o debate de temas naturalmente políticos, afinal juízes não são representantes diretos do povo, não foram democraticamente eleitos; não obstante limitar o acesso da sociedade ao exercício jurisdicional não é o melhor caminho para conceder eficácia aos ditames constitucionais, sobretudo aos direitos sociais-fundamentais. A propósito, exige-se, de tal modo, a compreensão de que, uma instituição naturalmente conservadora não se desafiaria a enfrentar debates políticos e a exercer funções que não lhe foram atribuídas institucionalmente, se não fosse imperativo dos tempos atuais e caso não fossem aclamados a tanto.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sergio Resende de. *A proteção dos direitos pelas políticas públicas*. Revista Mestrado em Direito, Osasco, ano 7, nº 2, p. 32, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e pratica da jurisdição constitucional no Brasil*. Fórum: 2014.

_____, Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo, 2010 (http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100204-04.pdf, Acessado em 06.07.2016)

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. De Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

FREIRE JÚNIOR, A. B. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº. 144, p. 239-260, 1999.

LOPES, José Reinaldo Lima. *Judiciário, democracia e políticas públicas*. Revista de informação Legislativa, ano 31, n.º 122, p. 259, maio/jul. 1994.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito, R. Dir. adm., RJ, 173: 15-34, jul./set. 1988 (<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>, Acessado em 12.07.2016)

STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: Perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil*. Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 8, n.º. 2, p. 257-301.

STF - ADI n.º. 183- Rel. Min. Sepúlveda Pertence- Julgado em 31/10/1997.

STF - ADPF n.º. 45- Rel. Min. Celso de Mello- Julgado em 29/4/2004.